ر/ ر
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب
*** عـ67386.2018دد القضيــة**
تاريخــه :2019/12/25

أصـدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فـــــي 2018/08/16 مـــــن الأســـــتاذين "ص.س"و"م.ش" المحاميين لدى التعقيب.

نـيابـــة عـــن : شــركة "د.D" فـــي شـــخص ممثلهـا القـانوني مرسـمة بالسـجل التجـاري تحـت عدد ***مقرها بنهج *** أريانة 2035.

ضـدّ :

أوّلا: الشـــــركة **** للاتصـــــالات "ا.ت" T.T، فـي شـخص ممثلهـا القـانوني، شـركة خفيـة الاسـم، المرســمة بالســجل التجــاري تحــت عــدد *** والكـــائن مقرهـــا الاجتمـــاعي بحـــدائق البحيـــرة **** ضـفاف البحيـرة تـونس، ينوبهـا الأسـتاذان "م.ب" و"ي.ك" مـــن شـــركة المحامـــاة "ب.ك" والشركاء.

ثانيـا: شـركة "أ.ا.ت"T..E ، فـي شـخص ممثلهـا القـــانوني، شـــركة ذات جنســـية إمارتيـــة، مقرهـــا الاجتمـــاعي بمكتـــب رقـــم ****، الطـــابق الأول قريـة دبـي للمعرفـة، الإمـارات العربيـة المتحـدة،

ومقرها المختار بمكتب محاميها الأستاذ "ن.ف" المحامي لدى التعقيب ****** تونس.

ثالثا: شركة "أ.أ.ت" T. I.E "، في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات جنسية إماراتية، مقرها الاجتماعي بدبي ستيديو ستي، المركز التجاري، بلوك *** الطابق ****، صندوق بريد 73000 دبي الإمارات العربية المتحدة، ومقرها المختار بمكتب محاميها الأستاذ "ن.ف" المحامي لدى التعقيب ****** تونس.

رابعا: شركة "ت.اI.T" في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات جنسية إماراتية، مقرها الاجتماعي بالعمارة رقم ***بمركز دبي للأنترنات شارع الشيخ زايد، صندوق بريد عدد 73000، الإمارات العربية المتحدة، ومقرها المختار بمكتب محاميها الأستاذ "ن.ف" المحامي لدى التعقيب **** تونس.

خامسا: شركة "د.ا.ج" P.I.D" ، في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات جنسية إماراتية، مقرها الاجتماعي بـ**** شارع الشيخ زايد، صندوق بريد 8612 دبي الإمارات العربية المتحدة، ومقرها المختار بمكتب محاميها الأستاذ "ن.ف" المحامي لدى التعقيب ساحة **** تونس.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 6886 الصادر في مادة التحكيم بتاريخ 27 مارس 2018 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي بـ:

"قبول المطلب شكلا وفي الأصل بإبطال القرار التحكيمي المطعون فيه الصادر بتاريخ 2017/01/26 عن الهيئة التحكيمية المتكونة من السادة "أ.ع" رئيسا وعضوية "ح.ر" و"ع.م" وبإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليها وتغريم المطلوبة الأولى شركة "د" لفائدتها بمبلغ أربعة آلاف دينارا (4.000,000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة معدّلة وبحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم وعلى نسخة القرار المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرّد على تلك المستندات المقدمة من الأستاذين "م.ب" و"ي.ك" نيابة عن المعقب ضدها الأولى شركة "ا.ت" والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب

قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا ورفضـه أصـلا مـع الحجز.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى أوراق القضـــية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

مــن حيــث الشكــل :

حيـث كـان مطلـب التعقيـب مسـتوفيا جميـع أوضـاعه وصـيغه القانونيـة ممـا يتجـه معـه قبولـه من هذه الناحية.

مـن حيـث الأصـل:

حيـث تفيـد وقـائع القضـية كيفمـا أوردهـا الحكـم المنتقـد والأوراق التـي انبنـى عليهـا أنـه وبمقتضـى عقـد توزيـع حصـري مبـرم بتـاريخ 2009/04/30 بـين شـركة "ا.ت" (المعقـب ضـدها الأولـى الآن) وشـركة "د" (المعقبـة الآن) تـم تمكـين هـذه الأخيـرة مـن توزيـع وتسـويق حصـري للعلامـة التجاريـة الراجعـة لشـركة "ا.ت" مـن شـرائح الهـاتف الجـوال الموجّهـة للشـباب والمسـماة "ع" وفقـا للشـروط المبيّنـة بالعقـد المـذكور وملحقاتـه وإنـه وعلـى إثـر نشـوب نـزاع بـين الطـرفين حـول تطبيـق شـروط التعاقـد المجحفـة فـي حـق المدعيـة شـركة "ا.ت" ومـا كشـفته الرقابـة الإداريـة المسـلطة علـى تنفيـذ العقـد المـذكور بعـد الثـورة إثـر فـرار الـرئيس المـدير العـام لشـركة "ا.ت" مـن تضـخيم مفتعـل للفـاتورات

بخصوص حجم مبيعات شرائح الهاتف الجوّال لحصول المعقود لفائدتها على أموال غير مستحقة والتي هي موضوع تتبعات جزائية بادرت المطلوبة في الأصل شركة "د" بتفعيل الشرط التحكيمي الوارد بالفصل 22 من عقد التوزيع المذكورة في مناسبة أولى وانتهى المطاف بصدور قرار تحكيمي إجرائي أول مؤرخ في 2013/05/15 يقضي بانحلال الهيئة التحكيمية التي كانت تكونت بصورة قانونية بتاريخ 2012/05/03 للبت في النزاع الناشب بين الطرفين وذلك على إثر تسجيل التخلي الاختياري للسيد "ح.م" عن مهمته التحكيمية فاضطرت المدعية في الأصل شركة "ا.ت" إلى القيام أمام القضاء العدلي في نطاق ما خوّلته أحكام الفصل 20 من مجلة التحكيم طالبة إبطال عقد التوزيع والتعويض لها عن الأضرار التي تكبدتها فبادرت المطلوبة في الأصل شركة "د" إثر ذلك إلى تفعيل الشرط التحكيمي مجددا وإدخال الشركات الإماراتية المذكورة أعلاه والتي لا علاقة لها مطلقا لا بالعلاقة التعاقدية ولا بالنزاع.

وانتهت القضية التحكيمية الثانية بصدور القرار التحكيمي الدولي الحرّ بتاريخ 2017/01/26 عن الهيئة التحكيمية المتكوّنة من السيد "أ.ع" رئيسا وعضوية المحكمين السيدين "ح.ر" و"ع.م" والقاضي نصه بما يلي:

"قضت هيئة التحكيم بعد المفاوضة بما يلي:

1- بأنها تكونت بصورة قانونية ومختصة بالنظر في النزاع.

2- بأن التحكيم الحالي هو تحكيم دولي حرّ تطبيقا لأحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية.

3- بأن التحكيم الحالي يخص كل الأطراف موضوعه وهي: شركة "د" في شخص ممثلها القانوني والشركة الوطنية للاتصالات "ا.ت" في شخص ممثلها القانوني وشركة "أ.أ.ت.ن" (تونس) وشركة "أ.أ.ت" وشركة "ت.أ" وشركة "ا.ج".

4- بأنه يلزم الشركة **** للاتصالات "ا.ت" في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي لشركة "د" في شخص ممثلها القانوني مبلغ ستة ملايين وستمائة وتسعة آلاف وخمسمائة دينارا و952 مليمات (6609500,952د) باعتبار جميع الأداءات بعنوان الفاتورات غير الخالصة إضافة إلى الفوائض القانونية المنطبقة في المادة التجارية من تاريخ قيام المدعية في 28 فيفري 2012 إلى تمام الخلاص.

5- بأنه يلزم الشركة **** للاتصالات "ا.ت" في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي

لشـركة "د" فـي شـخص ممثلهـا القـانوني مبلـغ مائتـان وخمسـة وخمسـون ألـف دينـارا (255.000,000د) بعنـوان مسـاهمتها فـي خلاص أجور المحكمين.

6- بأنـه يلـزم شـركة "د" فـي شـخص ممثلهـا القـانوني بـأن تـؤدي للشـركة **** للاتصـالات "ا.ت" فـي شـخص ممثلهـا القـانوني مبلـغ ثلاثمائـة وتسـعة وسـتون ألفـا وثمانمائـة واثنـا عشـر دينـارا و520 مليمـات (369812,520د) بعنـوان فاتورات تحويل قرض إلكتروني طبقا للطلب.

7- بأنه يرفض باقي طلبات الأطراف.

وحيـث طعنـت شـركة "ا.ت" بالإبطـال فـي القـرار التحكيمـي المـذكور لـدى محكمـة الاسـتئناف بتونس ناسبة له المطاعن التالية:

1/ فـي الصـبغة الداخليـة للقـرار التحكيمـي ووصـفه غلطـا مـن قبـل هيئـة التحكـيم بأنـه تحكـيم دولي:

فقـد اعتبـرت هيئـة التحكـيم فـي قرارهـا المطعـون فيـه أن النـزاع يكتسـي صـبغة دوليـة وأن التحكـيم خاضـع لمقتضـيات الفصـول 47 ومـا يليـه مـن مجلـة التحكـيم المنظمـة للتحكـيم الـدولي، فـي حـين تبـين بـالرجوع إلـى العقـد المبـرم بـين "ا.ت" مـن جهـة وشـركة "د" مـن جهـة أخـرى والمتضـمن فـي فصـله 22 الشـرط التحكيمـي الـذي قـام علـى أساسـه التحكـيم أنـه لا يهـمّ إلا طرفـي العقـد اللـذين

توجد مقراتهما في الجمهورية التونسية وهما خاضعان للقانون التونسي دون سواه ومرسّمان بالسجل التجاري في تونس وينشطان بالبلاد التونسية كما أن العقد المذكور أبرم بتونس ونفذ فيها ولا علاقة له إطلاقا بالتجارة الدولية وعليه فإن إقحام الشركات الإماراتية المشاركة في رأس مال "ا.ت" في النزاع التحكيمي من طرف شركة "د" كان في غير محله ومخالفا للشرط التحكيمي ولا يمكن أن يكسيه طابعا دوليا وتكون بذلك الهيئة التحكيمية قد خالفت أحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم لما اعتبرت في قرارها أن التحكيم دولي وناقضت نفسها بنفسها إذ صرّحت صلب الصفحة 383 من ذلك القرار أن الشركات الإماراتية المدعى عليها لم تشارك في تنفيذ العقد ونتيجة لذلك فإنه لم يقع الحكم عليها بالتضامن أو بدونه، وبما أن الأحكام المنظمة للتحكيم الدولي هي أحكام آمرة ولا يجوز تطبيقها في غير محلها والتوسع في نطاق ذلك التطبيق فإنه يتجه التصريح بأن التحكيم هو تحكيم داخلي وأنه خاضع إلى أحكام الفصول 16 إلى 46 من مجلة التحكيم وإنه وتفريعا عن ذلك إنه يتعين التصريح ببطلان القرار التحكيمي باعتبار أنه خالف الإجراءات التي فرضها القانون في مجال التحكيم الداخلي وخاصة آجال التحكيم التي نصّ عليها الفصل 24 من المجلة وإنه بالرجوع إلى القرار التحكيمي الصادر في

2017/01/26 أي بعد سنوات من تقديم الدعوى في 2013/12/24 أنه كان خارج الأجل القانوني ولذلك فإنه باطل ولا عمل عليه عملا بمقتضيات الفصل 42 ثانيا.

2/ في خصوص خرق القواعد الأساسية للإجراءات:

فإن الفصل 30 من م ت نص على وجوب احترام المحكمين لمقتضيات الفصل 123 من م م م ت التي تشتمل على ضرورة تعليل الحكم واقعا وقانونا وإنه وبمراجعة القرار التحكيمي المطعون فيه يتضح أنه كان مقتضيا للغاية ولم يتولى مناقشة كل أقوال الخصوم والرّد عليها ردّا مقنعا كما أهمل مناقشة تقرير الاختبار على ضوء الملاحظات والانتقادات الجوهرية التي تمسكت بها "ا.ت" على لسان نائبها وأن افتقاد القرار التحكيمي للتعليل في هذا الشأن يجعله مخلا بالقواعد الأساسية للإجراءات ومستهدفا للإبطال عملا بالفصل 42 من م ت.

3/ في خصوص خرق قواعد النظام العام:

فقد جاء بالقرار التحكيمي أن العقد الذي أبرم في ظل النظام السابق بين طرفي النزاع هو عقد صحيح وملزم وقضت هيئة التحكيم على أساس ذلك بإلزام شركة "ا.ت" بتنفيذ ذلك العقد وأداء جملة من المبالغ المالية الهائلة لفائدة شركة "د" في حين أن هذا العقد تمّ إبرامه في

ظـــروف مســـترابة ودون لجـــوء إلـــى أي مناقشـــة وشـروط مجحفـة أساسـها المحابـاة وخدمـة الطـرف المنتفـــع بالعقـــد علـــى حســـاب مصـــلحة الشـــركة، وعليـه فـإن خـرق القواعـد الآمـرة التـي تـنظم إبـرام الصـــفقات صـــلب المنشـــآت العموميـــة ومـــن بينهـــا اتصـالات تـونس تجعـل مـن العقـد الـذي اسـتند إلـى بنـــوده وشـــروطه القـــرار التحكيمـــي عمـــلا بـــاطلا بطلانـــا مطلقـــا نظـــرا لمساســـه بالنظـــام العـــام الاقتصـــادي الـــذي يســـود التصـــرف فـــي المنشـــآت العموميـــة وســـير عملهـــا كمـــا أن القـــرار التحكيمـــي المطعـون فيـه خـرق الطبيعـة القانونيـة للعقـد المبـرم بـين الطـرفين معتبـرا إيـاه عقـد توزيـع فـي حـين أن حقيقـة الأمـر تفـرض وصـفه بعقـد إداري باعتبـار أن "ا.ت" هـي منشـأة عموميـة قـد انتفعـت بموجـب القـــانون المحـــدث لهـــا باســـتغلال وتشـــغيل شـــبكة اتصـالات طبـق تراتيـب آمـرة ومضـبوطة لا يجـوز لهـا التخلـي عـن مهمتهـا لفائـدة الغيـر ولـو كـان ذلـك بصـورة جزئيـة دون رجـوع إلـى الدولـة التونسـية باعتبارهـــا مالكـــة لشـــبكة الاتصـــالات وصـــاحبة الحـق فـي التصـرف فيهـا دون غيرهـا وتكـون بـذلك هيئـة التحكـيم قـد خرقـت قواعـد النظـام العـام التـي تسـود إبـرام العقـود الإداريـة بمـا يتعـين معـه إبطـال القرار من هذه الزاوية حماية للمصلحة العامة.

وطلبـت تأسيسـا علـى مـا تقـدم قبـول مطلـب الإبطـــال شـــكلا وفـــي الأصـــل بإبطـــال القـــرار

التحكيمي المطعون فيه وإلزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا لها ما قدره 20 ألف دينار بعنوان أتعاب تقاضي وأجور محاماة عن قضية الحال.

وحيث أصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها المطعون فيه عدد 6886 بتاريخ 27 مارس 2018 والقاضي:

"بقبول المطلب شكلا وفي الأصل بإبطال القرار التحكيمي المطعون فيه الصادر بتاريخ 2017/01/26 عن الهيئة التحكيمية المتكونة من السادة "أ.ع" رئيسا وعضوية "ح.ر" و"ع.م" وبإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليها وتغريم المطلوبة الأولى شركة "د" لفائدتها بمبلغ أربعة آلاف دينارا (4.000,000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة معدلة وبحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها."

وحيث تأسس قرار الإبطال على أنه يتعين على قاضي الإبطال بالضرورة تسليط رقابته على التعليل المنتهج من الهيئة التحكيمية توصلا إلى إسناد إما الصبغة الدولية أو الداخلية للتحكيم وعند الاقتضاء تصحيح ذلك التكييف لما للتكييف من تأثير مباشر على النظام القانوني المنطبق على التحكيم وما له من ارتباط وثيق بالقواعد الإجرائية وقواعد طرق الطعن المتعلقة

حتمـا بالنظـام العـام والتـي مـن واجـب المحكمـة تطبيقها وإثارة كل مخالفة لها.

- وبـالرجوع إلـى القـرار التحكيمـي المطعـون فيـه، باشـر قـرار الإبطـال مناقشـة وجاهـة مـدّ الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة وأقـر فـي هـذا الشـأن بـأن فقـه القضـاء التونسـي سـاير تطـور فقـه القضـاء الـدولي ووضـع حـدا لمبـدأ المفعـول النسـبي للعقـود وليجـد حلـولا خاصـة إزاء تشـابك المعـاملات التجاريـة وتـدخل أطـراف متعـددة فيهـا وقـد تـم تكـريس قاعـدة التمديـد فـي مجـال تجمـع الشـركات وأحيانـا أخـرى علـى الغيـر المطلـق الأجنبـي عـن التعاقـد وذلـك بنـاء علـى تأويـل موضـوعي لـلإرادة الضـمنية للأطـراف كلمـا ثبـت مـن الظـروف المحيطـة بالعقـد أن الغيـر نسـبيا كـان فـي إطـار تجمـع الشـركات أو مطلقـا أجنبيـا تمامـا قـد سـاهم... وذلـك إعمـالا لنظريـة الظاهر وحماية مصلحة الغير.

- إن تبنـي قاعـدة التمديـد فـي نـزاع الحـال مـن هيئـة التحكـيم إلـى شـركة هـي مـن بـين أحـد المسـاهمين فـي رأس مـال شـركة "ا.ت" هـو "أمـر يثيـر الاسـتغراب ويـنم عـن خلـط بـين الشخصـية المعنويـة للشـركاء والشخصـية المعنويـة للشـركة كذات معنوية مستقلة تماما عنهم."

- إن الالتزامـات التـي تجريهـا الشـركة بواسـطة هياكـل تسـييرها تلـزم الشـركة وحـدها ولا

تتجاوز أثارها شخصيتها المعنوية المستقلة لتنسحب على مؤسسيها المساهمين في رأس مالها.

- لا يمكن مجاراة هيئة التحكيم في مقاربتها بخصوص تمديد الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بوصفها شريكا استراتيجيا في الشركة المعاقدة.

- إنه بغض النظر عن مشاركة الشركات الإماراتية سواء في المفاوضات السابقة لعقد التوزيع أساس القيام أو في إبرام ملحقه، فإن ذلك لا يجعل منها طرفا مستقلا لذاته ينضاف للمعاقدة الأصلية.

- لا عبرة تأسيسا على ما تقدم بمقر الشركات الإماراتية المتواجد بالخارج لإعمال أحد معايير الفصل 48 من مجلة التحكيم.

- إن هيئة التحكيم وقعت في تضارب عندما اعتدت بمقر الشركات الإماراتية ثم استبعدتها من نطاق الأداء باعتبارها غريبة عن الإخلال بتنفيذه.

- لا مجال لمسايرة هيئة التحكيم في تأويلها الموضوعي لإرادة الأطراف بتأويل الفصل 22 من العقد الذي أورد الشرط التحكيمي ناصا على اللجوء إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف لتعيين المحكمين مما يعني تكريس إرادة

الأطـــراف فـــي اختياراتهـــا إجـــراءات التحكـــيم الـدولي واعتبـر قـرار الإبطـال أن هـذا الاسـتدلال هـو اسـتنتاج لا ينبنـي علـى يقـين بـل علـى الظـن والتخمين.

- إن الغلـط فـي تكييـف التحكـيم لـم يـرد مـن بـين صـور الإبطـال (لا فـي الفصـل 78 ولا فـي الفصـل 42 مـن مجلـة التحكـيم) ولكـن يمكـن القـول بـأن الإبطـال يتأسـس علـى صـدور التحكـيم خـارج آجـال التحكـيم المحـدد بالفصـل 24 مـن مجلـة التحكيم.

وحيـث عقبـت المحكـوم ضـدها شـركة "د" القـرار المـذكور بواسـطة نائبيهـا وورد بالمطـاعن أن الحكـم المطعـون فيـه كـان خارقـا للقـانون، محرفـا للوقـائع، ضـعيف التعليـل ومتنـاقض المستندات بناءا على ما يلي:

المطعـن الأوّل: خـرق القـانون والخطـأ فـي تأويلـه والتنـاقض فـي التعليـل: (الفصـول 1 و6 و24 و42 و48 و78 مـن مجلـة التحكـيم والفصـل 123 م م م ت):

قـولا بأنـه للوصـول إلـى النتيجـة التـي ذهـب إليهـا الحكـم المطعـون فيـه وهـي إبطـال القـرار التحكيمـي فقـد تـولى فـي البدايـة التـذكير بقاعـدة جـواز التمديـد فـي الشـرط التحكيمـي للغيـر مطلقـا ولكنـه تـولى بعـد ذلـك تبنـي موقفـا وتعلـيلا فيهمـا خطـأ فـي تأويـل القـانون وتحريـف للتعليـل القـانوني

الـوارد فـي القـرار التحكيمـي بمـا ترتـب عنـه تنـاقض فـي مسـتندات الحكـم المطعـون فيـه ويلـي تفصيل هذا:

أولا: لا تثريـب علـى مـا تبنـاه القـرار المطعـون فيـه فـي شـأن مسـألة إمكانيـة امتـداد الشرط التحكيمي للغير:

فقـد باشـر القـرار المطعـون فيـه النظـر فـي الطعـن بالإبطـال المؤسـس علـى الخطـإ فـي تكييـف التحكـيم والقـول بأنـه دولـي فـي حـين أنـه وحسـب الطاعنـة بالإبطـال داخلـي، بملاحظـة تبنـى فيهـا القـرار المطعـون فيـه الآن موقـف فقـه القضـاء الـوطني مـن مسـألة امتـداد الشـرط التحكيمـي للغيـر فـي مبـدئها وفـي شـروطها وفـي آثارهـا قـولا بـأن "المشـرع التونسـي لـم يـنظم مسـألة امتـداد الشـرط التحكيمـي للغيـر الـذي لـم يوقـع عليـه وإنمـا هـي نتـاج تطـور فقـه قضـاء دولـي تبنـاه كـذلك فقـه القضـاء التونسـي جـاء للحـد مـن مبـدإ المفعـول النسـبي للعقـود إزاء اتفاقيـات التحكـيم المكـرس بالفصـل 6 مـن مجلـة التحكـيم وليجـد حلـولا خاصـة إزاء تشـابك المعـاملات التجاريـة وتـدخل أطـراف متعـددة فيهـا وقـد تـم تكـريس قاعـدة التمديـد فـي الشـرط التحكيمـي أساسـا فـي مجـال تجمـع الشـركات وأحيانـا أخـرى علـى الغيـر المطلـق الأجنبـي عـن التعاقـد وذلـك بنـاء علـى تأويـل موضـوعي لـلإرادة الضـمنية للأطـراف كلمـا ثبـت

من الظروف المحيطة بالعقد أن الغير نسبيا كان في إطار تجمع الشركات أو مطلقا أجنبيا تماما قد ساهم بطريقة ما من خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه وضبط الصلوحيات المخولة للطرفين أو ساهم في تنفيذه بما يخوّل الاحتجاج عليه بالشرط التحكيمي الذي لم يمض عليه صراحة وذلك إعمالا لنظرية الظاهر وحماية لمصلحة الغير".

وإنه لا تثريب على هذا التحليل السليم للمسألة القانونية المطروحة إذ أن نظرية امتداد الشرط التحكيمي أخذت فعلا بتطوّر فقه القضاء الوطني والدولي وأعمال الفقه في مجال التحكيم الدولي وسواء تعلق النزاع بتجمع شركات أو خارج هذه الصورة، بما أضفى على الحل المعتمد الاستقرار والتواتر والثبات تماما كما ذكر به القرار المطعون فيه الآن وذلك سواء فيما تعلق بتأصيل النظرية وبيان منهجها (التأويل الموضوعي لإرادة الأطراف المبرمة لاتفاق التحكيم) أو فيما تعلق بمجال انطباقها (تجمع شركات أو على الغير المطلق) أو في ما تعلق بالشروط المبيحة للاحتجاج بالشرط على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد (مساهمته في مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدّت إلى إبرام العقد المتضمن للشرط التحكيمي

وتحديد مضمونه وضبط الصلوحيات المخوّلة لطرفيه) أي بعبارة واضحة ثبوت علم الغير المطلق بوجود الشرط التحكيمي ومضمونه، أو فيما تعلق بأساس النظرية وتأصيلها وقد كان منهج القرار المطعون سليما من هذه الناحية القانونية إلا أنه أخطا في تطبيق الحل.

ثانيا: الخطأ في تطبيق الحلّ القانوني المنطلق منه وتحريف معطيات القرار المطعون فيه واقعا وتعليلا بما يمثل ضعفا في التعليل وتناقضا في السند:

الفرع الأول: في خصوص صفة الغير اللاحقة بالشركات الإماراتية:

قولا بأنه تتجه الإشارة من الناحية القانونية أن نظرية التوسع في الشرط التحكيمي إلى الغير هي أولا وبالذات نظرية وردت في مجال الإجراءات وتهدف للاحتجاج بالشرط التحكيمي على غير مهما كان لم يمض العقد الذي ورد به الشرط المذكور وبالتالي سحب أثر الشرط عليه واعتباره طرفا في النزاع التحكيمي كلما تحققت شروط التمديد.

وينحصر الإشكال القانوني تبعا لذلك في معرفة إن كان الطرف المشمول بالامتداد يخضع لصورة الامتداد وشروطه كما بيّنها فقه القضاء المستقر أم لا؟

ولا جدال كذلك في أن الشركات الإماراتية لم تمض عقد توزيع ولكن الطاعنة بينت عند لجوئها للتحكيم توفر كل الشروط المستوجبة لإعمال نظرية الامتداد وقد اعتبر القرار الاستئنافي المطعون فيه الآن أن "تبني قاعدة التمديد في نزاع الحال من هيئة التحكيم إلى شركة هي من بين أحد المساهمين في رأس مال شركة "ا.ت" هو "أمر يثير الاستغراب وينم عن خلط بين الشخصية المعنوية للشركاء والشخصية المعنوية للشركة كذات معنوية مستقلة تماما عنه" وقد قصد القرار أن التوسع في الشرط التحكيمي لا يمكن أن يمتد إلى الشركات الإماراتية بما يترتب عن ذلك من أثر في شأن تكييف التحكيم وجعله دوليا، لسبب قانوني هو أن "الالتزامات التي تجريها الشركة تلزم الشركة وحدها ولا تتجاوز أثارها شخصيتها المستقلة لتنسحب على مؤسسيها المساهمين في رأس مالها"، وهو مجانب للصواب إذ أن امتداد الشرط التحكيمي للغير لا ينتج عنه توسيع في آثار الالتزامات الأصلية والجوهرية لتنسحب على الغير ذلك أن امتداد الشرط التحكيمي يؤول فقط لإحداث أثر إجرائي وهو التوسيع على الغير ذلك أن امتداد الشرط التحكيمي يؤول فقط لإحداث أثر إجرائي وهو التوسيع في نطاق الخصومة لتشمل طرفا لم يمض بصفة صريحة على الشرط ويتضح جليّا

أن تعليل القرار المطعون فيه انبنى على خرق للقانون في أمرين أولهما أن القرار التحكيمي الواقع إبطاله لم يقع في خلط بين الشخصية المعنوية للشريك الإماراتي والشخصية المعنوية لشركة "ا.ت" وثانيهما أن الامتداد لا يشمل الالتزامات التعاقدية الأصلية بنقلها للغير transmission des obligations بل يشمل سحبا لأثر الشرط التحكيمي إجرائيا effet de la clause extension de l compromissoire على الغير ليدخل دائرة النزاع التحكيمي.

وقد نسب القرار المطعون فيه للقرار التحكيمي "الخلط بين الشخصية المعنوية للشركاء والشخصية المعنوية للشركة": فقد ورد بالصفحة 19 من الحكم المطعون فيه قول المحكمة: وقد تبين بفحص تعليل منحاها (أي هيئة التحكيم) أن التمديد كان لفائدة شركة وهي من بين أحد المساهمين في رأس مال شركة "ا.ت" الطرف الأول في عقد التوزيع وهو أمر مثير للاستغراب وينم عن خلط بين الشخصية المعنوية للشركاء أو المساهمين في شركة ما والشخصية المعنوية للشركة التي يكونونها كذات معنوية مستقلة تماما عنهم" وهذا التحليل فيه تحريف واضح للتعليل القانوني الذي أسست عليه هيئة التحكيم حكمها لأن الهيئة التحكيمية لم تعتبر في قرارها أن الشركات الإماراتية

خاضعة للشرط التحكيمي لمجرد صفتها كشريك أو مساهم في الشركة ***للاتصالات أو لمجرد أن الشركة ***للاتصالات قد أمضت على الشرط التحكيمي.

وإن المعيار السليم هو النظر في صفة الشريك اعتبارا لكونه هو شخص مستقل الشخصية عن شخصية الشركة الممضية للعقد، ولا جدال في أن الشركات الإماراتية وهي ذوات مستقلة بالنظر للعقد المتضمن للشرط التحكيمي هي غير على معنى الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود، إذ أن الغير هو من لم يكن طرفا مباشرا في العقد ومنه فإن المقاربة الصحيحة في تفعيل أو عدم تفعيل نظرية الإمتداد هو البحث في مدى علم وتدخل ذلك فعليا وواقعيا في إبرام وتنفيذ العقد المتضمن للشرط التحكيمي بما يجعله عالما به ومرتضيا به بما يبرر الاحتجاج به عليه وإدخاله كطرف في النزاع التحكيمي.

هذا إن الهيئة التحكيمية وضعت المسألة القانونية في إطارها الصحيح وهو التثبت من شروط مدّ الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية باعتبار أنها لم توقع على عقد التوزيع المتضمن لذلك الشرط وقد ذكرت أولا بقبول فقه القضاء بمبدإ مدّ الشرط التحكيمي للغير الذي لم يمض على الشرط التحكيمي ثم أعملت نظرية

الامتـــداد لمـــا ثبـــت لـــديها مشـــاركة الشـــركات الإماراتيـــة فعليـــا وواقعيـــا فـــي إبـــرام العقـــد والعلـــم بالشـــرط مثلمـــا يتضـــح مـــن القـــانون الأساســـي لشـــركة "ا.ت" فـــي أن الشـــركات الإماراتيـــة معتبـــرة كشـــريك اســـتراتيجي للشـــركة وأن مجلـــس إدارة شـــركة "ا.ت" يتكـــون مـــن 12 عضـــو أربعـــة (4) مـــنهم معينـــون مـــن الشـــريك الاســـتراتيجي المـــذكور وأن مجلـــس الإدارة ينظـــر فـــي القـــرارات المتعلقـــة بـــالعقود المبرمـــة مـــن الشـــركة (ا.ت) وأن هـــذه القـــرارات لا تصـــحّ إلا إذا حضـــر بالمداولـــة نصـــف أعضـــاء المجلـــس الممثلـــين للشـــريك الاســـتراتيجي وأن الشـــريك يعـــيّن المـــدير العـــام المســـاعد الـــذي يمكنـــه بـــدوره تعيـــين المـــدير المركـــزي للمعـــاملات التجارية والتسويق والمدير العام المالي.

وعلـــى أســـاس هـــذه المقتضـــيات الـــواردة فـــي القـــانون الأساســـي وعلـــى أســـاس تلـــك الشـــراكة فـــإن الشـــريك الإمـــاراتي تمكـــن مـــن الـــتحكم فـــي الإدارة الماليـــة والتجاريـــة مـــن خـــلال تعيينـــه للســـادة "س.أ" و"م"و "ق" و"م.ر"، فـــي مراكـــز المـــدير العـــام المســـاعد للعمليـــات التجاريـــة والماليـــة، المـــدير المركـــزي للمعـــاملات التجاريـــة والتســـويق والمـــدير العام المالي.

وأن مـــا ذهبـــت إليـــه هيئـــة التحكـــيم فـــي قرارهـــا بمـــدّ الشـــرط التحكيمـــي علـــى الشـــركات الإماراتيـــة لـــيس مناطـــه صـــفتها كمســـاهم فـــي رأس مـــال شـــركة

"ا.ت" ولا الخلط بين شخصيتها المعنوية وشخصية شركة "ا.ت" كما ورد في الحكم المطعون فيه ولكن مناطه مركزها القانوني كشريك استراتيجي وكان له دور محوري ورئيسي في المعاملة موضوع النزاع وفي إبرام وتنفيذ وإنهاء عقد التوزيع المتضمن للشرط التحكيمي وعليه توفرت بالتالي في الشركات الإماراتية عناصر موضوعية ثابتة تدل على أنه غير (دائما بالنسبة للعقد والشرط) كما عالما بالشرط وفاعلا في نشأته وفي تنفيذه بما يجيز مدّ مفعول ذلك الشرط عليه وفق ما تبناه القرار التحكيمي دون أي خلط مثلما ورد بالقرار المطعون فيه فقد تضمن القرار التحكيمي ما يلي:

Extension du présent arbitrage aux sociétés. Attendu que l'Emiraties en raison de leur connaissance de l'existence et de la portée de la clause compromissoire, n'implique pas nécessairement leur condamnation au paiement des sommes réclamées par la demanderesse, puisque celle-ci n'a prouvé aucun élément d'intervention directe des sociétés Emiraties dans l'intexécution du contrat de distribution litigieux. Dés lors, le tribunal arbitral décide de rejeter la demande de condamnation. "Des sociétés Emiraties qu'elles soient ou non solidaires."

وتضمن الحكم المطعون فيه أيضا أنه لا يمكن مجاراة هيئة التحكيم في مقاربتها بخصوص تمديد الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بوصفها شريكا استراتيجيا في الشركة المعاقدة ولا سيما وأن تمثيل تلك الشركات صلب هياكل التسيير ووجود أربعة من ممثليها بمجلس إدارة شركة "ا.ت" طبقا لقانونها الأساسي عند التعاقد هو أمر داخلي يتعلق بإدارة الشركة وتسييرها.. إلا أن تصرفات المسيرين باسم الشركة وفي إطار هيكل مجلس الإدارة لا تنعقد لخاصة أنفسهم ولا تلزمهم مباشرة بل تلزم فقط الشركة". وهو ما يمثل تحريفا بيّنا للوقائع وتناقض صريح في التعليل فقد استعرض القرار التحكيمي بإطناب أهمية الدور الذي اضطلعت به الشركات الإماراتية في عملية تسويق خط "ع" من طرف شركة "ا.ت" وأنها هي من هندس هذه العملية وأبرم العقود وتفاوض مع الطاعنة وباشر تنفيذ العقد لذلك سميت بالشريك الاستراتيجي الذي يضع الاستراتيجية التجارية والمالية ويباشرها.

وبالتالي لا يمكن أن يكون دور الشركات الإماراتية صوريا ولا أن يكون تدخلها المباشر "أمرا داخليا" لا انعكاس له وأن تكون في حل من التزام شركة "ا.ت" باللجوء إلى التحكيم عند النزاع وتتملص بذلك من مسؤوليتها، وكان على

محكمة الحكم المطعون أن تستخلص النتائج القانونية لإقرارها بدور الشركات الإماراتية كشريك استراتيجي له دور فاعل في العقد وفي تنفيذ العملية موضوع النزاع دون أن تعتبره "أمرا داخليا" لا تأثير له على الشركاء الإماراتيين وذلك خلافا لمبدإ التمديد في الشرط التحكيمي كما استقر عليه فقه القضاء الدولي والتونسي.

ويتضح مما سبق أنه ولئن أصاب القرار المطعون فيه في التذكير بالمبادئ التي تسود نظرية امتداد الشرط التحكيمي فإنه أساء تطبيقها على نزاع الحال بما أورث تعليله تناقضا وتحريفا وخطأ في تطبيق القانون.

الفرع الثاني: في خصوص الخطأ في تأويل إرادة الأطراف المتفقة على الشرط التحكيمي:

فقد عرضت الطاعنة أنه تمسكت لدى هيئة التحكيم في خصوص تأويل إرادة الأطراف المتفقة على الشرط التحكيمي في عملية تكييف التحكيم لمعرفة إن كان داخليا أو دوليا مشيرة إلى أن الشرط التحكيمي الوارد بالفصل 22 من العقد ينصّ على اللجوء إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف بتونس لتعيين المحكمين مما يعني بوجه صريح توجه إرادة الأطراف ونيتهما إلى خيار التحكيم الدولي وتطبق إجراءاته وقد اعتبر

القـرار المطعـون فيـه فـي تعليلـه للإبطـال وتبنـى وصـف التحكـيم بأنـه داخلـي بـأن هـذا العنصـر التعاقـدي ينبنـي علـى الاسـتنتاج وعلـى الظـن والتخمـين وهـو تعليـل يتضـمن تحريفـا بينـا لإرادة الأطـراف لا فقـط بـالنظر لصـياغة البنـد التحكيمـي بـل وكـذلك عنـد تفعيلـه بـاللجوء إلـى السـيد الـرئيس الأول لمحكمـة الاسـتئناف فـي تعيـين أحـد المحكمـين الثلاثـة وهـو الأسـتاذ "ح.ر" وقـد التفـت فـي ذلـك إرادة الأطـراف الصـريحة مـع موقـف السـيد الـرئيس الأول لمحكمـة الاسـتئناف بمـا يمثـل معطيـات جديـة فـي الوصـف والتكييـف لـم يعتـدّ بهـا القـرار الاسـتئنافي المطعـون فيـه بمـا جعـل تعليلـه محرّفـا لإرادة الأطـراف التـي تبقـى الأسـاس الجوهري في التحكيم.

الفـرع الثالـث: الخطـأ فـي تطبيـق القـانون فـي شـأن نظريـة الامتـداد أدّى إلـى الخطـإ فـي تكييف التحكيم:

فقـد اعتبـر القـرار المطعـون فيـه أنـه لا عبـرة علـى مـا تقـدم لمقـرّ الشـركات الإماراتيـة لإعمـال أحـد معـايير الفصـل 48 مـن مجلـة التحكـيم وهـو الفصـل الـذي يحـدد شـروط تكييـف التحكـيم بكونـه تحكيمـا دوليـا وفـي ذلـك خطـإ فـي تطبيـق القـانون وخطـإ فـي الوصـف والتكييـف وتحريـف واضـح لموقـف الهيئـة التحكيميـة لاسـتخلاص الصـبغة الدوليـة للتحكـيم إذ يتبـين بمراجعـة القـرار التحكيمـي موضـوع قضـية الحـال، أنـه أسـس

قضـــاءه باعتبـــار الصـــبغة الدوليـــة للتحكـــيم علـــى العناصر التالية:

- سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة نظـرا لـدورها الفعـال فـي مناقشـة العقـد والشـرط والموافقـة عليـه ثـم التـدخل فـي تنفيـذه لاحقـا أي نظـرا لعلمهـا بوجـود الشـرط التحكيمـي ضمن بنود العقد.

- كـون مقـر الشـركات الإماراتيـة موجـود خارج التراب التونسي (الفصل 48 م ت).

- تعيـين المحكـم الأسـتاذ "ح.ر" مـن طـرف وكيـل رئـيس محكمـة الاسـتئناف بتـونس تطبيقـا لأحكـام الفصـل 56 مـن مجلـة التحكـيم المتعلـق بالتحكيم الدولي.

- وبصـفة عرضـية وعلـى سـبيل التزيـد اعتمـاد أحكـام الفصـل 22 مـن عقـد التوزيـع الـذي اتفـق فيـه الأطـراف صـراحة علـى تعيـين المحكمـة مـن طـرف السـيد رئـيس محكمـة الاسـتئناف بتـونس في تطابق تام مع أحكام التحكيم الدولي.

وإن القـرار المطعـون فيـه لمـا اعتبـر أن اسـتنتاج الصـبغة الدوليـة للتحكـيم تأسـس علـى "مجـرد قرينـة إجرائيـة" بينمـا اسـتندت الهيئـة التحكيميـة علـى جملـة مـن الأدلـة والحجـج القانونيـة الأخـرى ولـم تقتصـر علـى اتفـاق الطـرفين علـى إجـراءات تعيـين المحكـم وإن كـان هـذا الاتفـاق

الواضح يعد عنصرا من عناصر التعرف على إرادة الطرفين في تدويل التحكيم وليس مجرد قرينة أو مجرد ظن وتخمين، وعليه فقد أخطأ الحكم المطعون فيه في تطبيق أحكام الفصول 6 و24 و42 و48 و78 من مجلة التحكيم حين تبنى وصف التحكيم بأنه تحكيم داخلي وليس تحكيما دوليا وطبق بالتالي أحكام الفصل 24 و42 من مجلة التحكيم للوصول للإبطال.

المطعن الثاني: التناقض في المستندات موجب للنقض طبق أحكام الفصل 175 م م م ت:

قولا بأن فقه قضاء محكمة التعقيب استقر على اعتبار أن تعليل الأحكام شرط لصحتها وأن التعليل لا يكون موفيا بالغرض المراد منه إلا إذا كان واضحا متماسك الأجزاء لا يشوبه ضعف أو تضارب بين أسانيده وخلافا لهذا المبدإ الجوهري فقد جاء الحكم المطعون فيه متناقض الأجزاء فقد أقر "قد تم تكريس قاعدة التمديد في الشرط التحكيمي أساسا في مجال تجمع الشركات وأحيانا أخرى على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد وذلك بناء على تأويل موضوعي للإرادة الضمنية للأطراف كلما ثبت من الظروف المحيطة بالعقد أن الغير نسبيا كان في إطار تجمع للشركات أو مطلقا أجنبيا تماما قد ساهم بطريقة ما خلال مرحلة ما قبل التعاقد

وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه وضبط الصلاحيات المخولة لطرفيه أو ساهم في تنفيذه بما يخول الاحتجاج عليه بالشرط التحكيمي الذي لم يمض عليه صراحة وذلك إعمالا لنظرية الظاهر وحماية لمصلحة الغير". ويعني ذلك بوضوح إقرار الحكم المطعون فيه لإمكانية تمديد الشرط التحكيمي على الغير الأجنبي عن التعاقد في صورة ثبوت أن هذا الغير قد ساهم بطريقة ما خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه وضبط الصلاحيات المخولة لطرفيه أو ساهم في تنفيذه إلا أنه رفض سحب الشرط التحكيمي عليها بمقولة "وبغضّ النظر عن مشاركة الشركات الإماراتية سواء في المفاوضات السابقة لعقد التوزيع أساس القيام أو في إبرام ملحقه بواسطة ممثلها في مجلس الإدارة فإن ذلك لا يجعل من الشركات الإماراتية طرفا مستقلا بذاته في العقد المذكور ينضاف للمعاقدة الأصلية شركة "ا.ت" ومن ثمة لا يمكن اعتماد هذا التمشي لسحب الشرط التحكيمي عليها.." وبالتالي فقد وقع الحكم المطعون فيه في التناقض بين أجزائه "إذ هو من جهة يقر بإمكانية تمديد الشرط التحكيمي على الغير الأجنبي على التعاقد ومن جهة أخرى يرفض تمديد الشرط التحكيمي في صورة الحال كما

وقع الحكم المطعون فيه في التناقض ثانية إذ هو يقر بمبدإ التمديد في الشرط التحكيمي على الغير الأجنبي عن التعاقد ثم يرفض هذا التمشي لأنه لا يمكن أن يصبح الغير الأجنبي طرفا مستقلا بذاته في العقد ينضاف للمعاقد الأصلي وهو تعليل ينسف من أساسها قاعدة تمديد الشرط التحكيمي للغير الثابتة في فقه القضاء والتي أقر بها الحكم المنتقد نفسه.

المطعن الثالث: فقدان التعليل وخرق أحكام الفصل 123 م م م ت:

قولا بأن الحكم المنتقد أقر بتكريس فقه القضاء التونسي لمبدإ تمديد الشرط التحكيمي في صورة تجمع الشركات وكذلك على الغير الأجنبي على التعاقد إلا أنه عند استعراضه لصورة إرادة الأطراف أهمل البحث في مدى توفر الشروط التي ذكرها الحكم المطعون فيه نفسه لسحب الشرط التحكيمي على الغير في قضية الحال فقد ذكر شرط مساهمة الغير الأجنبي بطريقة ما في مرحلة ما قبل العقد وفي مرحلة التفاوض وكذلك مساهمته في تنفيذه إلا أنه لم يتثبت من وجود هذه الشروط في صورة الحال وأهمل تمحيص هذه الشروط رغم ما لها من تأثير على وجه الفصل وتحديد إن كان للغير (الشركات الإماراتية هنا) دور ما ومساهمة في التفاوض وفي تحديد بنود العقد وحتى في تنفيذه.

وإن إهمال الرد على دفع جوهري له تأثير أكيد على وجه الفصل يعيب التعليل ويوصفه بالضعف والوهن الموجبان للنقض، بل أن الأمر أخطر من ذلك إذ أن الحكم المطعون فيه "غض النظر" عن هذه الشروط دون الخوض في الأسباب القانونية لنفيها واستبعادها وكأنه يقر بوجودها ولكن يهملها دون استعراضها وبيان عدم وجاهتها وهو ما يزيد التعليل ضعفا ووهنا.

واستخلصت المطاعن أن محكمة القرار المطعون فيه استبعدت جميع أسباب الإبطال الأخرى التي قدمتها المعقب ضدها الأولى وحصرت المسألة في تكييف التحكيم وما يترتب عنه بخصوص أجل التحكيم بما يبرر طلب الحكم بالنقض بدون إحالة وبصفة احتياطية القضاء بنقضه مع الإحالة.

وجاء بردود المعقب ضدها شركة "ا.ت" بأن ادعاءات المعقبة في غير طريقها ولا يمكن أن تنال في شيء من سلامة المبنى الواقعي والقانوني للقرار المطعون فيه وذلك للأسباب التالية:

أوّلا: في المغالطة الواضحة من المعقبة من خلال تحريفها للمنطوق الصريح للقرار المنتقد:

أنه وخلافا لادعاءات المعقبة فإن القرار الاستئنافي أكد أن مقاربة هيئة التحكيم تتمثل في

مـدّ الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة بوصـفها شـريكا اسـتراتيجيا فـي الشـركة المعقـب ضـدها إذ جـاء بـالقرار أنـه: "وحيـث يتضـح بـالرجوع للقـرار التحكيمـي المطعـون فيـه أن مقاربـة الهيئـة التحكيميـة بخصـوص إضـفاء الصـبغة الدوليـة للتحكـيم انبنـت أوّلا علـى تفعيـل سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة بوصـفها الشـريك الاسـتراتيجي المسـاهم فـي رأسـمال الشـركة المتعاقـدة "ا.ت" والمحـدد لسياسـتها التجاريـة إضـافة لتـدخل ممثليهـا صـلب مجلـس إدارتهـا فـي نشـأة العقـد المتضـمّن للشـرط التحكيمـي،" بحيـث يكـون مـا نسـبته المعقبـة للقـرار الاسـتئنافي مـن تحريـف للتعليـل القـانوني لهيئـة التحكـيم مـن قبيـل المغالطـة الواضـحة والتحريـف البـيّن للمنطـوق الصـريح للقـرار المنتقد.

ثانيـا: فـي وجاهـة مـا ذهـب إليـه تعليـل القـرار المنتقـد مـن كـون صـفة الشـريك الاسـتراتيجي فـي جانـب الشـركات الإماراتيـة غيـر كافية لسحب الشرط التحكيمي عليها:

إذ اعتبـر القـرار الاسـتئنافي أن المقاربـة المعتمـدة مـن قبـل هيئـة التحكـيم والمتمثلـة فـي مـدّ الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة بوصـفها شـريكا اسـتراتيجيا فـي الشـركة المعقـب ضـدها فـي غيـر طريقهـا وعلـل موقفـه بالاعتمـاد

علـــى المعطيـــات الواقعيـــة والقانونيـــة المتـــوفرة بـــالملف التـــي تؤكـــد أن تـــوفر صـــفة الشـــريك الاستراتيجي فـي رأسـمال الشـركة المعقـب ضـدها فـي جانـب الشـركات الإماراتيـة لا تكفـي لوحـدها لمـدّ الشـرط التحكيمـي واعتبارهـا طرفـا فـي النـزاع التحكيمي.

وبالفعـل فقـد اسـتقر الفقـه وفقـه القضـاء علـى أنـه مـن أوكـد شـروط سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الغيـر إثبـات أن ذلـك الغيـر قـد تصـرف فعـلا كطـرف اقتصـادي فاعـل ومعنـي بصـورة شخصـية ومباشـرة بالعمليـة التعاقديـة المتضـمنة للشـرط التحكيمـي إذ أكـد فقهـاء القـانون أن الشـرط التحكيمـي يـتم سـحبه علـى الغيـر متـى تبـين أن ذلـك الغيـر أصـبح طرفـا فعليـا فـي العقـد كمـا حقـق فقـه القضـاء أنـه لا بـدّ أن يكـون ذلـك الغيـر معنيّـا بصورة مباشرة في العملية التعاقدية.

وإن الطاعنـة لا تنفـكّ تتمسـك فـي قضـية الحـال أن صـلة الشـركات الإماراتيـة بالعمليـة التعاقديـة تتمثـل فـي كونهـا شـريكا اسـتراتيجيا وهـو مـا يؤكـد حقيقـة أن المعقـب ضـدها هـي الطـرف الاقتصـادي الوحيـد المتعاقـد مـع شـركة "د" وأن الشـركات الإماراتيـة لـم تتـدخل بصـورة مباشـرة فـي ذلـك التعاقـد تفاوضـا وإمضـاءا وتنفيـذا ولا هـي تـدخلت مباشـرة فـي عمليـة التوزيـع موضـوع التـداعي وإنمـا انحصـر دورهـا فـي مـا تخوّلـه لهـا

الشـــراكة فـــي رأســـمال المعقـــب ضـــدها مـــن المشـــاركة فـــي مـــداولات مجلـــس الإدارة والجلســـة العامـــة للمســـاهمين علـــى الصّـــعيد الـــداخلي ودون القيام بأي عمل أو تصرف مباشر مع الغير.

كمـــا لـــيس للشـــركات الإماراتيـــة أي نشـــاط اقتصـــادي فـــي تـــونس مكـــان تنفيـــذ العقـــد ولا هـــي تباشـــر أيـــة عمليـــة تجاريـــة أو خدماتيـــة مـــن أي نـــوع كـــان وغايـــة مـــا فـــي الأمـــر أنهـــا شـــريك أقلّـــي فـــي رأســـمال المعقـــب ضـــدها يحـــاول ككـــل شـــريك التـــأثير داخـــل هياكلهـــا دون الأخـــذ بزمامهـــا أو قيادتهـــا طالمـــا أن نســـبة مســـاهمتها (35%) لا تخـــوّل لهـــا ذلـــك وعليـــه وفـــي غيـــاب الفعـــل الاقتصـــادي المباشـــر والمشـــاركة الشخصـــية فـــي تنفيـــذ الالتزامـــات التعاقديـــة فإنـــه ينعـــدم كـــل مبـــرّر لســـحب الشـــرط التحكيمـــي علـــى الشـــركات الإماراتيـــة الأمـــر الـــذي تعرفـــه الطاعنـــة بـــدليل عـــدم إقحامهـــا للشـــركات المـــذكورة فـــي النـــزاع التحكيمـــي الأصلي. (تحكيم سابق).

ثالثـــا: فـــي عـــدم إمكـــان ســـحب الشـــرط التحكيمـــي علـــى الشـــركات الإماراتيـــة طبقـــا لأحكـــام المجلة التجارية:

إذ ومـــا لا شـــكّ فيـــه أن اتفاقيـــة التحكـــيم موضـــوع التـــداعي واردة بعقـــد التوزيـــع الـــرابط حصـــريا بـــين شـــركتي "ا.ت" و"د" وتبعـــا للأثـــر النســـبي للعقـــد فإنـــه "لا يلـــزم إلا طرفيـــه ولا ينجـــرّ

منه للغير ضرر ولا نفع". (الفصل 240 من م إ ع).

وإنه وعلى الرغم من ذلك فقد سحبت هيئة التحكيم الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية المساهمة في رأسمال المعقب ضدها مبرّرة ذلك بعلم الشركات الإماراتية وتدخلهم في تكوين وتنفيذ العقد موضوع النزاع كعلمهم بالشرط التحكيمي من خلال تدخلهم في اقتراح المدير العام المساعد للشركة وعن طريق تعيين 4 من جملة 12 من أعضاء مجلس الإدارة، وقد كان تعليل القرار التحكيمي في هذا الصدد في غير طريقه باعتبار أن أعضاء مجلس الإدارة في كل الشركات دون استثناء على علم بجميع العقود الهامة التي تبرمها الشركة ومحمولين على مراقبة الإدارة العامة وسلامة ما تبرمه من عقود ولا يعدّ ذلك تصرّفا تجاه الغير، وقد فرض عليهم القانون واجب المراقبة إن نص الفصل 198 من المجلة التجارية على أن "أعضاء مجلس الإدارة يمارسون وظيفتهم ويعتنون بها عناية صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه".

ويستنتج من أحكام الفصول 200 من م ش ت و558 و559 من م ا ع أن تدخل الشركات الإماراتية باقتراح تعيين جزء صغير من أعضاء مجلس الإدارة لا يخوّل التدخّل في

تكوين وتنفيذ العقد موضوع النزاع لوجود قرينة قانونية مفادها أن عضو مجلس الإدارة يحافظ حصريا على مصالح الشركة التي هو عضو بمجلس إدارتها ولا يخوّل لأي طرف التدخل بهدف تحقيق مصالح شخصية، وإن اقتراح الشريك الأجنبي تسمية بعض المديرين من جملة العدد الكبير للإطارات السامية التي تسهر على مصالح الشركة لا يعني إطلاقا أن ذلك الشريك يقوم مباشرة بأعمال تصرّف تجاه الغير، ولا يخفى أن الخلط بين اقتراح التسمية والتسمية في حدّ ذاتها مخالف للقانون الذي ينصّ صراحة أن الجلسة العامة للمساهمين هي التي تختار وحدها أعضاء مجلس الإدارة وأن مجلس الإدارة هو الذي يتولى تسمية المدير العام والمدير العام المساعد (تراجع الفصول 190 و208 و212 من مجلة الشركات التجارية) وقد خلت مستندات الطاعنة وملف قضية الحال ما يفيد خلاف تلك القرينة القانونية.

وبذلك يكون تطبيق هيئة التحكيم للشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية دون أيّ دليل على ذلك التدخل ولمجرّد اقتراحهم لتعيين أعضاء بمجلس الإدارة في غير طريقه ومخالف لأحكام الفصلين 198 و200 من المجلة التجارية ويكون قضاء محكمة القرار المنتقد في هذا الخصوص سليما ولا تثريب عليه.

رابعـــا: فـــي التعليـــل الســـليم والمستســـاغ للقرار المنتقد:

فقـد تضـمن القـرار المنتقـد فـي تعليلـه جميـع المعطيـــات المتقدمـــة التـــي تبـــين بصـــورة مقنعـــة وواضـــحة صـــحة مـــا اعتمدتـــه مـــن عـــدم إمكـــان اعتبـــار الشـــركات الإماراتيـــة طرفـــا فـــي النـــزاع التحكيمـــي، قـــولا أنـــه لا خـــلاف ولا جـــدال أن المشـرع التونسـي لـم يـنظم مسـالة امتـداد الشـرط التحكيمـي للغيـر الـذي لـم يوقـع عليـه وإنمـا هـي نتـاج تطـور فقـه قضـائي دولـي تبنّـاه كـذلك فقـه القضـاء التونسـي وقـد جـاء للحـدّ مـن مبـدأ المفعـول النســبي للعقــود إزاء اتفاقــات التحكــيم المكــرّس بالفصـــل 6 م ت وليضـــع حلـــولا خاصـــة إزاء تشـــابك المعـــاملات التجاريـــة وتـــداخل أطـــراف متعـــددة فيهـــا وأنـــه مـــن الثابـــت أن عقـــد التوزيـــع المتضـــمن للشـــرط التحكيمـــي أســـاس دعـــوى الحـــال قـد أبـرم بـين كـل مـن شـركة "ا.ت" مـن جهـة أولـى بوصـفها شـركة خفيـة الاسـم يتكـون رأسـمال مـن مســـاهمة الدولـــة التونســـية فـــي حـــدود نســـبة 65 بالمائـة مـن الأسـهم ومسـاهمة الشـركات الإماراتيـة فـي حـدود نسـبة 35 بالمائـة وشـركة "د" مـن جهـة ثانيـة، الطاعنـة، كمـا أنـه مـن الثابـت أن كـل مـن طرفـي العقـد المشـار إليهمـا هـي شـركة مسـتقلة بذاتها ولا تنتمي إلى أي تجمع شركات كان.

وقد تمسكت المطلوبة الأولى (المعقب ضدها) عن صواب بأن تبني هيئة التحكيم لقاعدة من الشرط التحكيمي لم يتأسس على نظرية تجمع الشركات وقد تبين بتفحّص تعليل منحاها المذكور أن التمديد كان لفائدة شركة هي من بين أحد المساهمين في رأسمال شركة "ا.ت" الطرف الأول في عقد التوزيع وهو أمر مثير للاستغراب وينمّ عن خلط بين الشخصية المعنوية للشركاء أو المساهمين في شركة ما أشخاصا طبيعيين كانوا أم ذواتا معنوية والشخصية المعنوية للشركة التي يكوّنونها كذات مستقلة تماما عنهم وأنه بناءا على ذلك لا يمكن مجاراة هيئة التحكيم في مقاربتها بخصوص سحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بوصفها شريكا استراتيجيا في الشركة المعاقدة لا سيما وأن تمثيل تلك الشركات صلب هياكل التسيير ووجود أربعة من ممثليها بمجلس إدارة شركة "ا.ت" طبقا لقانونها الأساسي عند التعاقد هو أمر داخلي ويتعلق بإدارة الشركة وتسييرها الذي تنظمه القوانين وكذلك نظامها الأساسي وأن مشاركة الشركات الإماراتية سواء في المفاوضات السابقة لعقد التوزيع أساس القيام أو في إبرام ملحقه بواسطة ممثلها في مجلس الإدارة لا يجعلها من الشركات الإماراتية طرفا مستقلا بذاته في العقد المذكور ينضاف إلى المعاقدة

الأصلية شركة "ا.ت" ومن ثمة لا يمكن اعتماد هذا التمشي لسحب الشرط التحكيمي عليها قولا بعلمها بوجوده ومشاركتها في العقد تكوينا وتنفيذا طالما أن ذلك العلم مفترض وتلك المشاركة بديهية باعتبارها ممثلة بحكم القانون صلب هياكل تسيير وإدارة شركة "ا.ت" الطرف الوحيد في العقد.

وإنه يجدر التذكير أيضا بأن المدير العام المساعد لشركة "ا.ت" هو هيكل من هياكل إدارتها يعمل تحت الإشراف والسلطة المباشرة للرئيس المدير العام ولا يمكن اعتباره وكيلا للمساهم الأجنبي وإن كان هذا الأخير قد اقترح تسميته على مجلس الإدارة وقبل المجلس اقتراحه.

كما أن المدير العام المساعد تابع قانونا لشركة "ا.ت" وكذلك الشأن بالنسبة للمدير المالي والمدير التجاري الذين يتقاضون أجورهم من "ا.ت" ويعملون كأجراء تحت إشراف ورقابة الرئيس المدير العام.

وأمام صحة أسانيد القرار المنتقد وسلامة تعليله فإن المطعن يكون غير مقبول واتجه الالتفات عنه.

في الرّد على الادعاء بالخطأ في تأويل إرادة الأطراف:

فقد اعتبرت المعقبة أن القرار المطعون فيه حرّف إرادة الأطراف عندما اعتبر أن التحكيم داخلي في أن الأطراف اتفقا على اللجوء إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف بتونس لتعيين المحكمين وهو ما يعني حسب ادعائها "توجه إرادة الأطراف إلى خيار التحكيم الدولي وإجراءاته".

وإنه وخلافا لذلك الادعاء فإن الفصل 48 من م ت ينص على أن التحكيم يكون دوليا "إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة". ويتبين من صياغة الفصل المذكور أن إرادة تدويل التحكيم من قبل الأطراف لا بدّ أن تكون صريحة بمعنى واضحة ولا لبس فيها من جهة، وأن تتعلق بموضوع اتفاقية التحكيم أي في قضية الحال بتوزيع علامة "ع" في أكثر من دولة واحدة من جهة أخرى، ولا يتضمن اتفاق الطرفين أي اتفاق صريح أو ضمني على توزيع علامة "ع" بأكثر من دولة وخلافا لذلك اعتبر القرار التحكيمي المطعون فيه في أن إرادة المتعاقدين (شركتي "ا.ت" و"د") انصرفت إلى تدويل التحكيم مستنتجة ذلك لا من موضوع اتفاقية التحكيم وإنما من مجرّد التنصيص على إجراء خاص اختياري يتمثل في إسناد

الاختصاص الحكمي بتعيين محكم إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف بتونس.

"Attendu de surcroît encore que l'article 22 de la convention de distribution comportant la clause compromissoire a prévu qu'en cas de desaccord entre les parties sur le tiers arbitre ou d'abstention de l'une d'elles de nommer son propre arbitre, la désignation de l'arbitre sera opérée par le premier président de la cour d'appel de Tunis et non par le président du Tribunal de première instance, lequel n'y-a compétence qu'en arbitrage interne; qu'il en découle ainsi que dès le départ les parties signataires de la clause compromissoire ont adopté la procédure spécifique à l'arbitrage international."

ويتبين مما تقدم أن القرار التحكيمي المطعون فيه قد خرق القانون وجانب الصواب من خلال أنه استنتج ما اعتبره إرادة الطرفين ضمنيّا من خلال قرينة إجرائية بينما اشترط القانون أن يتمّ التعبير عن تلك الإرادة بصورة صريحة وأن "نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته". (الفصل 532 من م إ ع) ولا خلاف أن صورة الاتفاق على تدويل النزاع التحكيمي التي أوردها المشرّع صلب الفقرة 3 من الفصل 48 هي استثنائية وبالتالي لا يمكن التوسع فيها وتحميل النص ما لا تحتمله عباراته عملا بأحكام الفصل 540 من م إ ع الذي ينصّ

علـــى أن "مـــا بـــه قيـــد أو اســـتثناء مـــن القـــوانين العموميـــة لا يتجـــاوز القـــدر المحظـــور مـــدة وصـــورة" كمـــا أنـــه اســـتنتج مـــا اعتبـــره "إرادة الطـــرفين علـــى تـــدويل التحكـــيم" مـــن خـــلال اتفـــاق يخـــص إجـــراءات التحكـــيم والحـــال أن القـــانون يشـــترط أن يكـــون اتفـــاق الأطـــراف متعلقـــا بموضـــوع التحكـــيم لا بإجراءاتـــه، ومنـــه فـــإن إســـناد الاختصـــاص الحكمـــي إلـــى الســـيد رئـــيس محكمـــة الاســـتئناف بتـــونس لا يترتـــب عنـــه تـــدويل التحكـــيم باعتبـــار أن الأمـــر هـــو فـــي قضـــاء غيـــر عـــادي يمكـــن للأطـــراف خلالـــه الاتفـــاق بكـــل حرّيـــة علـــى القواعـــد الإجرائيـــة المنطبقـــة فـــي صـــورة نـــزاع ولا ســـيما فيمـــا يتعلـــق بتكـــوين هيئـــة التحكـــيم دون أن يمـــسّ ذلـــك مـــن طبيعـــة النـــزاع مثلمـــا تقتضـــيه صـــراحة أحكـــام الفصـــل 13 مـــن م ت الـــذي يـــنص علـــى أن هيئـــة التحكـــيم تتـــولى تنظـــيم التحكـــيم بتحديـــد الإجـــراءات الواجـــب اتباعهـــا "مـــا لـــم يتفـــق أطـــراف النـــزاع علـــى خـــلاف ذلـــك أو يفضـــلوا إتبـــاع نظـــام تحكيم معين."

ويتبـــين ممـــا تقـــدم أن معيـــار الإرادة لتـــدويل النـــزاع التحكيمـــي غيـــر متـــوفر فـــي قضـــية الحـــال وأن مـــا ذهـــب إليـــه القـــرار التحكيمـــي فـــي هـــذا الخصـــوص مخـــالف للقـــانون وقـــد اعتبـــرت محكمـــة القـــرار المنتقـــد عـــن صـــواب أن "موقـــف هيئـــة التحكـــيم تأســـس علـــى اســـتنتاج الإرادة الضـــمنية

للأطـراف مـن خـلال اختيـارهم لإجـراءات معينـة إلا أن هـذا الموقـف لا يمكـن مجاراتـه ضـرورة أن مسـألة تحديـد الاختصـاص لا بـدّ أن تبنـى علـى اليقـين وأن لا تتحـدد بالاسـتنتاج المبنـى علـى الظن."

ويتبـين ممـا تقـدم وهـن دفـع المعقبـة فـي هـذا الخصوص بما يجعله حريا بالالتفات عنه.

فـي الـرّد علـى الادعـاء بالخطـأ فـي تطبيـق القانون:

فقـد اعتبـرت الطاعنـة أن القـرار الاسـتئنافي انبنـى علـى خطـأ فـي تطبيـق القـانون وفـي إعمـال معـايير الفصـل 48 مـن مجلـة التحكـيم لاسـتخلاص الصـبغة الداخليـة للتحكـيم وخلافـا لـذلك فقـد أصـابت محكمـة القـرار المنتقـد فـي تطبيـق المعـايير الـواردة بالفصـل 48 الـذي يـنص علـى أنـه "يكـون التحكـيم دوليا في إحدى الحالات التالية:

أ- إذا كـان محـل عمـل أطـراف اتفاقيـة التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين.

ب- إذا كـان أحـد الأمـاكن التاليـة واقعـا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف:

- مكـان التحكـيم إذا نصـت عليـه اتفاقيـة التحكيم أو وقع تحديده وفقا لها.

- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

ج- إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

د- بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية.

ويتضح بقراءة أحكام الفصل المذكور وما استقر عليه الفقه وفقه القضاء في قراءته له لتكييف تحكيم على أنه دولي لا بدّ من توفر جملة من المعايير وهي:

المعيار الأوّل: المعيار الترابي والذي اعتبره فقهاء القانون المعيار الأساسي لتكييف تحكيم أنه دولي.

وحيث إن المعيار المذكور يعني حسب صريح أحكام الفقرة أ من الفصل 48 من مجلة التحكيم أن يكون "محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين.

وقد اعتبرت محكمة الدرجة الثانية عن صواب أنه لا عبرة بمقر الشركات الإماراتية ولا مجال للاستناد إلى ذلك المعطى لقول الهيئة التحكيمية بالصبغة الدولية للتحكيم باعتبار أن المعقب ضدها شركة "ا. ت" وهي الخصم

الوحيد للطاعنة وهي التي وجهت عليها طلباتها وهي شركة تونسية الجنسية ومقيمة بالتراب التونسي حيث مقرها الاجتماعي إضافة إلى أن الأغلبية في رأسمالها بيد الدولة التونسية بما يكون معه تمشي هيئة التحكيم مخالف للقانون.

وعلاوة على ما تقدم فإنه يتضح بقراءة أحكام الفصل 48 من م ت أن المشرع كان واضحا في اعتبار أن المحل المعتد به ليس محل إقامة الأطراف وإنما المحل الذي يمارسون فيه عملهم.

وقد استقر فقه القضاء في نفس السياق على اعتبار أن "محل العمل هو الذي يمارس فيه الشخص عملياته الداخلة في نشاطه المهني وبالتالي لا عبرة بالمحل المختار".

وقد جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بتونس أنه "لا مجال للبحث والسعي لاستلهام غير قاطعة لإثبات الصبغة الدولية للتحكيم واعتماد معيار الجنسية للتدليل على أن محل عمل (الطرف الأجنبي) زمن إبرام اتفاقية التحكيم كائن بالضرورة خارج التراب التونسي بحجة أنه لم يثبت من الملف أن له محل عمل بتونس عند إبرام اتفاقية التحكيم". وقد انطوى القرار التحكيمي على سوء تأويل وتطبيق لمقتضيات الفصل 48 في فقرته الأولى إذا اعتمد لتدويل التحكيم على اعتبار أن المقر

الاجتماعي للشركات الإماراتية كائن بدبي في حين أن العبرة قانونا هي بالمقرّ الذي يمارس فيه الأطراف عملهم مثلما نصّت على ذلك صراحة أحكام الفصل 48 متقدم الذكر.

وإنه وفي قضية الحال فإن عمل الشركات الإماراتية لا يتجاوز دورها كمساهم في رأسمال المعقب ضدها بالبلاد التونسية شركة "ا.ت" التي هي شركة تونسية مقيمة، تسدي خدماتها لحرفائها حصريا بالبلاد التونسية.

وإن مساهمة الشركات المذكورة بنسبة الثلث تقريبا في رأسمال المعقب ضدها لا يخوّل لها التدخل في تسيير الشركة باعتبار أن التسيير يبقى حكرا على هياكل تسيير الشركة ولا سيما مجلس الإدارة لأن قانون الشركات التجارية يعتبر أن مجلس الإدارة هو هيئة جماعية تمارس المهام التي أوكلها لها القانون ولا يجوز لأي عضو من الأعضاء أن ينفرد بالتسيير أو بالتدخل أو بالتصرف.

وأنه من الثابت في قضية الحال أن الشركات الإماراتية لم تقم بأي عمل في علاقة بشركة "د" لا في البلاد التونسية ولا خارجها، كما لم تشارك في إبرام العقد الذي أبرمته المعقب ضدها معها، ولا في تنفيذه ولا متابعته، ولم يقم أي دليل على تنفيذ أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة بأي عمل لا في البلاد التونسية

ولا خارجهـــا، فـــي علاقـــة بالعقـــد المـــذكور أو بشركة "د".

وإنـــه وفـــي غيـــاب ثبـــوت تنفيـــذ الشـــركات الإماراتيـــة لأي عمـــل خـــارج الـــبلاد التونســـية فإنـــه يســـتحيل القـــول بتـــوفر معيـــار الفقـــرة الأولـــى مـــن الفصـــل 48 مـــن مجلـــة التحكـــيم ويكـــون القـــرار التحكيمـــي قـــد خـــرق أحكـــام الفصـــل المـــذكور وهـــو مـــا أقرتـــه عـــن صـــواب محكمـــة الاســـتئناف ولا تثريب عليها في ذلك.

المعيـار الثاني: مكان التحكيم:

فقـد اعتبـر المشـرع صـلب الفقـرة الثانيـة مـن الفصـــل 48 مـــن مجلـــة التحكـــيم أن التحكـــيم يكـــون دوليـــا إذا كـــان مكـــان التحكـــيم واقعـــا خـــارج الدولـــة التـــي فيهـــا محـــل عمـــل الأطـــراف ولا خـــلاف أن جميـــع إجـــراءات التحكـــيم جـــدّت بـــالبلاد التونســـية وأن مقـــر الهيئـــة كـــائن كـــذلك بهـــا بمـــا يعنـــي عـــدم تـــوفر المعيـــار الثـــاني للقـــول بالصـــبغة الدوليـــة للتحكيم.

المعيـــار الثالـــث: مكـــان تنفيـــذ الالتزامـــات الرئيسية الناتجة عن العقد:

فقـد صـدر القـرار التحكيمـي المطعـون فيـه تبعـا لنـزاع بمناسـبة تنفيـذ عقـد توزيـع لعلامـة "ع" بـالبلاد التونسـية، ويكفـي للتحقـق مـن ذلـك الرجـوع إلـى العبـارات الصـريحة لعقـد التوزيـع الـذي نـصّ صـلب الفصـل 2.1 منـه علـى أن صـاحب العلامـة

يكلف الموزع بحق توزيع العلامة للحرفاء بالإقليم، وقد تضمن الفصل 1.1 من العقد تعريف الإقليم بأنه التراب التونسي.

Article 2.1; Périmétre du contrat: Le concedant au distributeur, qui l'accepte, le droit de distribuer et de commercialiser les Produits à une clientele d'utilisaterus finaux sur le Territoire."
Article 1.1: … "Territoire" designe le territoire de la république Tunisienne."

كما تضمن الملحق عدد 1 للعقد جملة نقاط التوزيع التي يتم بها تنفيذ العقد والمركزة جميعها بالبلاد التونسية، ويتبين مما تقدم أن كل الالتزامات الناتجة عن العقد (وليس الالتزامات الرئيسية فحسب مثلما يشترط ذلك الفصل 48 من م ت) والمتمثلة في توزيع علامة "ع" يتم تنفيذها حصريا بالبلاد التونسية وهو ما تنتفي معه مجددا الصبغة الدولية للتحكيم.

معيار التجارة الدولية:

حيث إن الاتجار وتوزيع علامة "ع" موضوع العقد المبرم بين المعقب ضدها وشركة "د" اقتصر حصريا على التراب التونسي مثلما تم بيانه أعلاه مما ينتفي معه معيار التجارة الدولية مناط الفقرة الأخيرة من الفصل 48 من م ت وتنتفي كذلك الصبغة الدولية للتحكيم.

وإن مشـــاركة الأطـــراف الإماراتيـــة فـــي رأســـمال المعقـــب ضـــدها وفـــي تركيبـــة مجلـــس الإدارة لا يعتبـــر تجـــارة دوليـــة نظـــرا لأن العقـــد المـــدعى فيـــه يـــربط حصـــريا بينهـــا وبـــين الطاعنـــة شـــركة "د" وإنـــه لـــو فرضـــنا جـــدلا بـــأن مجـــرد مشـــاركة طـــرف أجنبـــي فـــي رأســـمال شـــركة يجعـــل مـــن عملهـــا عمـــلا دوليـــا لكانـــت كـــل التجـــارة فـــي الـــبلاد التونســـية تجـــارة خارجيـــة إذ تكـــاد لا تخلـــو شـــركة تونســـية مـــن مشـــاركة أطـــراف أجنبيـــة فـــي رأســـمالها بصـــورة مباشـــرة أو غيـــر مباشـــرة ويتبـــين ممـــا ســـبق بســـطه أن التحكـــيم ذو صـــبغة داخليـــة وأن جميـــع معـــايير تدويلـــه منتفيـــة، وقـــد اســـتنتجت محكمـــة القـــرار المنتقـــد بنـــاءا علـــى ذلـــك أنـــه "بـــات ثابتـــا عـــدم صـــحة تـــوفر أي مـــن معـــايير التـــدويل المعتمـــدة مـــن هيئـــة التحكـــيم أو حتـــى بـــاقي المعـــايير الأخـــرى المبينـــة بالفصـــل 48 مـــن م ت، كالمعيـــار الموضـــوعي طالمـــا لـــم يتعلـــق موضـــوع العقـــد بالتجـــارة الدوليـــة فـــإن التحكـــيم الـــراهن يكـــون لـــه صـــبغة داخليـــة صـــرفة" وقـــد جـــاء القـــرار الاســـتئنافي معلـــلا تعلـــيلا مقنعـــا واقعـــا وقانونـــا ومتضـــمنا لقـــراءة ســـليمة لأحكـــام الفصـــل 48 مـــن م ت وتطبيقـــا أمينـــا للمعـــايير المضـــمنة بـــه واتجـــه لذلك الالتفات عن المطاعن.

المحـــــكمة

عـن المطعـن الأوّل المتعلـق بخـرق القـانون والخطـأ فـي تأويلـه والتنـاقض فـي التعليـل: (الفصـول 1 و6 و24 و42 و48 و78 مـن مجلـة التحكيم والفصل 123 م م م ت:

حيـث تضـمن المطعـن أن محكمـة القـرار المطعـون فيـه وإن أحسـنت تبنّـي مسـألة إمكانيـة امتـداد الشـرط التحكيمـي إلا أنهـا أولا أخطـأت فـي تطبيقـه وذلـك فـي خصـوص صـفة الغيـر لـدى الشـركات الإماراتيـة فقـد وردت نظريـة الامتـداد فـي مجـال الإجـراءات وتهـدف للاحتجـاج بالشـرط التحكيمـي علـى الغيـر وأن محكمـة الحكـم المطعـون فيـه لمـا اعتبـرت أن الامتـداد علـى الشـريك الاسـتراتيجي يـنم علـى خلـط بـين شخصـية الشـركاء والشخصـية المعنويـة للشـركة تكـون قـد جانبـت الصـواب لأن الامتـداد فـي النـزاع لـه أثـر إجرائـي لا غيـر وهـو التوسـيع فـي نطـاق الخصـومة وأن المقاربـة فـي تفعيـل امتـداد الشـرط مـن عدمـه هـو البحـث لـيس عـن صـفة مـن وقـع عليـه – الشـركات الإماراتيـة- وإنمـا هـو البحـث فـي مـدى علمهـا كغيـر وتـدخلها فعليـا فـي إبـرام وتنفيـذ العقـد الـذي يتضـمن الشـرط التحكيمـي وهـو شـريك اسـتراتيجي ولـه صـفة الغيـر بالنسـبة لعقـد التوزيـع وقـد اعتبـر القـرار التحكيمـي أنـه مـن الجـائز التوسـع فـي الشـرط التحكيمـي علـى أحـد الشـركاء الاسـتراتجيين لعلمـه بالشـرط التحكيمـي ودوره الفاعـل والمـؤثر واعتبـره امتـدادا إجرائيـا للشـرط

التحكيمي وثانيا فقد أخطأت محكمة القرار المطعون فيه في تأويل إرادة الأطراف التي اتفقت على الشرط التحكيمي فقد اتفق الأطراف بالفصل 22 من العقد على اللجوء لرئيس محكمة الاستئناف لتعيين المحكمين وهو ما يعني اختيارهم التحكيم الدولي وتطبيق إجراءاته وهي إرادة الأطراف التي لا تترك مجالا للتفسير وهو ما حرّفه القرار المطعون فيه لما اعتبر التحكيم له صبغة داخلية وثالثا فقد أخطأت محكمة القرار المطعون فيه في تكييف التحكيم بناءا على الخطأ في تطبيق القانون بشأن امتداد الشرط التحكيمي ذلك أن القرار التحكيمي أسس لتكييف التحكيم بأنه دولي بناء على سحب الشرط على الشركات الإماراتية التي يوجد مقرها خارج التراب التونسي وبناءا على تعيين المحكم الأستاذ "ر" من طرف وكيل رئيس محكمة الاستئناف بتونس زيادة على اتفاق الأطراف على أن يتم التعيين من طرف محكمة الاستئناف وقد أخطأ القرار المطعون في وصف القرار التحكيمي في أنه داخلي وخرق بذلك الفصول 42 و48 و78 من مجلة التحكيم.

وحيث على خلاف ما ورد بالفرع الأول من المطعن الأول فقبول مبدأ الامتداد وعدم تفعيله على الشريك الاستراتيجي لا يمثل تناقضا فمن جهة يقوم مبدأ الامتداد على اجتهاد قضائي في النظام القانوني التونسي وبشروط يستخلص

منهـا القاضـي إمكانيـة تفعيـل الشـرط التحكيمـي علـى أطـراف لـم تمـض عليـه وقـد مارسـت المحكمـة اجتهادهـا فـي ذلـك واستخلصـت عـن صـواب أن وجـود شـريك اسـتراتيجي ضـمن المسـاهمين فـي الشـركة المعقـب ضـدها "ا.ت" لا يعطيـه اسـتقلالية عـن الـذات المعنويـة التـي لهـا هياكلهـا التـي تسـيّرها وتضـع لهـا طـرق وأهـداف وإجـراءات نشـاطها التجـاري والاقتصـادي وهـي علـى صـواب فـي ذلـك فالشـريك رغـم موقعـه لا يمكنـه أن يجـد صـفة مستقلة عـن الشـركة ولا يمكـن أن يأخـذ صـفة الغيـر فكـل شـريك معنـي بالشـركة وطـرف فيهـا وينخـرط فيهـا وهـي فـي صـورة الحـال شـركة خفيـة الاسـم حتـى وإن كـان لهـذا الشـريك تـأثير فـي اتخـاذ بعـض القـرارات فهـو يكـون ضـمن هياكلهـا القانونيـة والقـرار الـذي يـتم اتخـاذه يلـزم الشـركة ولـيس الشـريك لأن الشـركة خفيـة الاسـم تسـيّرها هياكلهـا وتحـت مسـؤوليتها وعليـه فـلا سـند لامتـداد الشـرط التحكيمـي علـى الشـريك بـدعوى أنـه غيـر بالنسـبة لعقـد التوزيـع ذلـك أنـه مـن أوكـد شـروط سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الغيـر إثبـات أن ذلـك الغيـر قـد تصـرف فعـلا كطـرف اقتصـادي فاعـل ومعنـي بصـورة شخصـية ومباشـرة بالعمليـة التعاقديـة المتضـمنة للشـرط التحكيمـي فقانونـا يـتم سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الغيـر متـى تبـين أن ذلـك الغيـر أصـبح طرفـا فعليـا فـي العقـد ولا بـدّ أن يكـون ذلـك الغيـر معنيّـا

بصورة مباشرة في العملية التعاقدية، فدور الشريك فيما تخوّل له الشراكة في رأسمال من المشاركة في مداولات مجلس الإدارة والجلسة العامة للمساهمين على الصعيد الداخلي ودون القيام بأي عمل أو تصرف مباشر مع الغير يبرر امتداد الشرط التحكيمي عليه وهي صورة الحال فالشركات الإماراتية هي شريك في رأسمال المعقب ضدها يحاول ككل شريك التأثير داخل هياكلها دون الأخذ بزمامها أو قيادتها طالما أن نسبة مساهمتها (35%) لا تخوّل لها ذلك وعليه وفي غياب الفعل الاقتصادي المباشر والمشاركة الشخصية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية فإنه ينعدم كل مبرر لسحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية خاصة وكما هو في النزاع الحالي ليس لها أية مسؤولية في عدم تنفيذ عقد التوزيع وفق ما تضمنه القرار التحكيمي الذي ولئن أقر الامتداد فقد اعتبره إجرائيا فقط ولم يحمل الشركات الإماراتية المعنية بالامتداد أية مسؤولية عن عدم تنفيذ عقد التوزيع فقد كانت المحكمة على صواب لما أسست موقفها على عدم تطبيق الامتداد.

وحيث وبالنسبة للفرعين الثاني والثالث من المطعن الأول فمن الملاحظ أن جنسية الأطراف لا تأثير لها على دولية التحكيم وفق الفصل 48 من م تحكيم فالأطراف الإماراتية

التي شملها امتداد الشرط التحكيمي من طرف الهيئة التحكيمية لا يمكن أن يكون معيارا في دولية التحكيم فدولية التحكيم لا تثبت إلا وفق المعايير التي ضبطها الفصل المذكور وبالأخص محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن إبرامها بدولتين مختلفتين أو أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية وعلى هذا الأساس فإن اتفاق الأطراف المتعاقدة في عقد التوزيع على تعيين رئيس محكمة الاستئناف بتونس لتسمية المحكم أو أحدهم لا يستشف منه دولية التحكيم متى غابت عناصر الدولية وفق الفصل 48 من مجلة التحكيم.

وحيث وبناءا على سبق فلا يمكن الاستناد على تحديد الطرف الذي يعين المحكمة أو أحدهم وهو رئيس محكمة الاستئناف للقول بتدويل التحكيم وأن قيامه بالتعيين لا يمكن أيضا أن يكون معيارا في تدويل التحكيم لأنه من طبيعته سلطة تعيين بموجب اتفاق الأطراف، ولا يعني ذلك انصراف إرادة المتعاقدين (شركتي "ا.ت" و"د") إلى تدويل التحكيم فهو إجراء اختياري متفق عليه بين الطرفين يتمثل في إسناد الاختصاص بتعيين محكم إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف بتونس باعتباره كما سبق ذكره سلطة تعيين.

وحيث وخلافا أيضا لما ورد بالمطعن فإن الفصل 48 من م ت ينص على أن التحكيم يكون دوليا "إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة".

ويتبين من صياغة الفصل المذكور أن إرادة تدويل التحكيم من قبل الأطراف لا بدّ أن تكون صريحة بمعنى واضحة ولا لبس فيها من جهة، ولا تنبني على الاستنتاج وأن تتعلق بموضوع اتفاقية التحكيم وهي في قضية الحال بتوزيع علامة "ع" في أكثر من دولة واحدة وهو ما لم يتضمنه اتفاق الطرفين صراحة ولم يكن المطعن بناءا على ما سبق بسطه وجيها ويتجه ردّه.

عن المطعنين الثاني والثالث المتعلقين بالتناقض في المستندات وضعف التعليل الموجبين للنقض طبق أحكام الفصلين 123 و175 م م م ت:

حيث ورد بالمطعن أن الحكم المطعون فيه أقر إمكانية تمديد الشرط التحكيمي على الغير الأجنبي عن التعاقد في صورة ثبوت أن هذا الغير قد ساهم بطريقة ما خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه إلا أنه رفض سحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية

وبالتالي فقد وقع الحكم المطعون فيه في التناقض بين أجزائه كما أنه أهمل البحث في مدى توفر شروط سحب الشرط التحكيمي على الغير في قضية الحال وهو ضعف ووهن في القرار المطعون فيه يوجب نقضه إلا أنه خلافا لذلك فقد تضمن القرار المطعون فيه أن المشرع التونسي لم ينظم مسألة امتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع عليه وإنما هي نتاج تطور فقه قضائي دولي تبنّاه كذلك فقه القضاء التونسي وأنه من الثابت أن عقد التوزيع المتضمن للشرط التحكيمي أساس دعوى الحال قد أبرم بين كل من شركة "ا.ت" من جهة أولى بوصفها شركة خفية الاسم يتكون رأسمالها من مساهمة الدولة التونسية في حدود نسبة 65 بالمائة من الأسهم ومساهمة الشركات الإماراتية في حدود نسبة 35 بالمائة وشركة "د" من جهة ثانية – الطاعنة- كما أنه من الثابت أن كل من طرفي العقد المشار إليهما هي شركة مستقلة بذاتها وقد تبين من القرار التحكيمي أن التمديد كان لفائدة شركة هي من بين أحد المساهمين في رأسمال شركة "ا.ت" الطرف الأول في عقد التوزيع وقد كانت المحكمة على صواب في عدم سحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بوصفها شريكا استراتيجيا في الشركة المعاقدة مثلما تدفع به الطاعنة لأن شركة "ا.ت" تسيرها القوانين ونظامها الأساسي وأن مشاركة

الشـــركات الإماراتيـــة ســـواء فـــي المفاوضـــات السـابقة لعقـد التوزيـع أسـاس القيـام أو فـي إبـرام ملحقـه بواسـطة ممثلهـا فـي مجلـس الإدارة لا يجعلهـا طرفـا مسـتقلا بذاتـه فـي العقـد المـذكور فشـركة "ا.ت" هـي الطـرف الوحيـد فـي العقـد ومنـه لا يصـح سـحب الشـرط التحكيمـي علـى الشـريك سـيما فـي الشـركات التـي لـيس للشـريك فيهـا سـوى مسـؤولية محـدودة وعليـه لا يمكـن الحـديث عـن تنـاقض فـي القـرار المطعـون فيـه فهـو أقـر مبـدأ امتـداد الشـرط التحكيمـي وأنـه عنـد تنزيلـه فـي النـزاع محـل نظرهـا لـم تتبـين لهـا شـروط تفعيلـه انطلاقـا مـن صـفة الشـركات الإماراتيـة فـي أنهـا شريك من شركاء الشركة المتعاقدة.

وحيـث أن امتـداد الشـرط التحكيمـي علـى الشـركات الإماراتيـة بصـفتها شـريكا لا يـؤول لتـدويل النـزاع التحكيمـي وقـد اعتبـرت محكمـة القـرار المنتقـد عـن صـواب أن "موقـف هيئـة التحكـيم تأسـس علـى اسـتنتاج الإرادة الضـمنية للأطـراف مـن خـلال اختيـارهم لإجـراءات معينـة إلا أن هـذا الموقـف لا يمكـن مجاراتـه ضـرورة أن مسـألة تحديـد الاختصـاص لا بـد أن تبنـى علـى اليقـين وأن لا تتحـدد بالاسـتنتاج المبنـي علـى الظـن. "ذلـك أن الفصـل 48 مـن م ت يـنص علـى أن التحكـيم يكـون دوليـا "إذا اتفـق الأطـراف صـراحة علـى أن موضـوع اتفاقيـة التحكـيم متعلـق

بـأكثر مـن دولـة واحـدة"، ويتبـين مـن صـياغة الفصـل المـذكور أن إرادة تـدويل التحكـيم مـن قبـل الأطـراف لا بـدّ أن تكـون صـريحة بمعنـى واضـحة ولا لـبس فيهـا مـن جهـة، وأن تتعلـق بموضـوع اتفاقيـة التحكـيم أي فـي قضـية الحـال بتوزيـع علامـة "ع" فـي أكثـر مـن دولـة واحـدة مـن جهـة أخـرى، فـي حـين ثبـت أن اتفـاق الطـرفين لـم يتضـمن أي اتفـاق صـريح علـى توزيـع علامـة "ع" بأكثر من دولة.

وحيـث اعتبـرت الطاعنـة أيضـا أن القـرار الاسـتئنافي انبنـى علـى خطـأ فـي تطبيـق القـانون وفـي إعمـال معـايير الفصـل 48 مـن مجلـة التحكـيم لاسـتخلاص الصـبغة الداخليـة للتحكـيم وخلافـا لـذلك فقـد أصـابت محكمـة القـرار المنتقـد فـي تطبيـق المعـايير الـواردة بالفصـل 48 مـن مجلـة التحكـيم الـذي يجعـل التحكـيم دوليـا مـن خـلال تـوفر جملـة مـن المعـايير وهـي المعيـار الترابـي الـذي هـو معيـار أساسـي لتكييـف التحكـيم أنـه دولـي وهـو يعنـي حسـب صـريح أحكـام الفقـرة أ مـن الفصـل 48 مـن مجلـة التحكـيم أن يكـون "محـل عمـل أطـراف اتفاقيـة التحكـيم زمـن انعقادهـا واقعـا فـي دولتـين مختلفتـين" ولا عبـرة فـي النـزاع الحـالي بمقـر الشـركات الإماراتيـة وباعتبـار أن المعقـب ضـدها شـركة "ا.ت" وهـي الخصـم الوحيـد للطاعنـة وهـي التـي وجهـت عليهـا طلباتهـا وهـي

شركة تونسية الجنسية ومقيمة بالتراب التونسي زيادة عن كون تدويل التحكيم على أساس المقر الاجتماعي للشركات الإماراتية الكائن بدبي لا يعتد به لأن العبرة قانونا هي بمقر عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها مثلما نصت على ذلك صراحة أحكام الفصل 48 متقدم الذكر وأن شركة "ا.ت" التي هي شركة تونسية مقيمة، تسدي خدماتها لحرفائها حصريّا بالبلاد التونسية.

وحيث وفي غياب صفة الطرف في اتفاقية التحكيم زمن انعقادها بالنسبة للشركات الإماراتية فإنه يستحيل القول بتوفر معيار الفقرة الأولى من الفصل 48 من مجلة التحكيم وهو ما أقرته عن صواب محكمة الاستئناف ولا تثريب عليها في ذلك في اعتبار القرار التحكيمي قد خرق أحكام الفصل المذكور، ومعيار مكان التحكيم فقد اعتبر المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 48 من مجلة التحكيم أن التحكيم يكون دوليا إذا كان مكان التحكيم واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف ولا خلاف أن جميع إجراءات التحكيم جدّت بالبلاد التونسية وأن مقر الهيئة كائن كذلك بها بما يعني عدم توفر المعيار الثاني للقول بالصبغة الدولية للتحكيم وكذلك معيار مكان تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد فهو يخص نزاع في تنفيذ عقد

توزيع لعلامة "ع" بالبلاد التونسية مثلما يتحقق من العبارات الصريحة لعقد التوزيع الذي نصّ صلب الفصل 2.1 منه على أن صاحب العلامة يكلف الموزع بحق توزيع العلامة للحرفاء بالإقليم، وقد تضمن الفصل 1.1من العقد تعريف الإقليم بأنه التراب التونسي وهو اتجار وتوزيع علامة "ع" حصريا داخل التراب التونسي مثلما ينتفي معه معيار التجارة الدولية مناط الفقرة الأخيرة من الفصل 48 من م ت وتنتفي كذلك الصبغة الدولية للتحكيم وقد كان القرار المطعون فيه على صواب لما استنتج أنه "بات ثابتا عدم صحة توفر أي من معايير التدويل المعتمدة من هيئة التحكيم أو حتى باقي المعايير الأخرى المبينة بالفصل 48 من م ت كالمعيار الموضوعي طالما لم يتعلق موضوع العقد بالتجارة الدولية فإن التحكيم الراهن يكون له صبغة داخلية صرفة".

وحيث لم تكن المطاعن بناء على ما سبق وجيهة ويتجه ردها ورفض مطلب التعقيب أصلا.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصـدر هـذا القـرار بحجـرة الشـورى بجلسـة يـــوم 2019/12/25 عـــن الـــدائرة المدنيـــة والتجاريـــة عـــدد 4 المتركبـــة مـــن رئيســـها الســـيد منصـــف الكشـــو وعضـــوية المستشـــارين الســـيدة نجـــلاء المصـــمودي والســـيد محمـــد معـــز العروســـي بحضـــور المـــدعي العـــام الســـيد حســـن بالحـــاج عبـــد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحـــرر في تاريخـــه